Einheits- und Trennungsgedanken beim gemeinschaftlichen Testament des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Kurt Beierlein,
Referendar in Breslau.

Breslau 1932

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Breslau I

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0086

Gliederung.

I. Die Vorgeschichte des gemeinschaftlichen Testaments.
   1. Einleitung.
   2. Die geschichtliche Vergangenheit des gemeinschaftlichen Testaments.
      a) Geschichte vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
      b) Geschichte zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

II. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments.
   1. Allgemeines.
   2. Die Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Testaments.
   3. Abstufungen im Inhalt.
   4. Der Ursprung von Trennung und Vereinigung im gemeinschaftlichen Testament.

III. Die Form der Errichtung.
   1. Muß die Abfassung in der gleichen Form geschehen?
      a) Verschiedene Auffassungen.
         aa) Planck.
         bb) Andere Schriftsteller.
      b) Die Weiterentwicklung des Gedankens über die Form der Abfassung.
         aa) Durch Vergleichsschluß.
         bb) Zum Ergebnis.
   2. Die Form des Beitritts.

IV. Inhalt der Verfügungen.
   1. Allgemeines.
   2. Das Schicksal der Erbmasse.
      a) Nach den Theorien vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
      b) Nach der Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

V. Verhältnis der Bestimmungen der Ehegatten zueinander.
   1. Die Verbindung der beiden Bestimmungen.
      Die Quelle der Verbindung.
      a) Nach allgemeinen Gesichtspunkten.
      b) Nach dem Gesetze.

2. Scheinbarer Widerspruch in der Rechtsprechung.
3. Wechselbezüglichkeit und Bedingtheit.
VI. Der Umfang der Wechselbezüglichkeit.
1. Allgemein.
2. Wirkung.
a) Allgemein und in der Ausdehnung.
b) In der Beschränkung.
VII. Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen.
1. Form.
2. Voraussetzungen.
VIII. Schluß.

I. Die Vorgeschichte des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Einleitung.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Errichtung eines Testaments sind besonders streng gefaßt. Die Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung ist abhängig von der Befolgung einer Reihe von Formvorschriften.[1]) Die Testierfähigkeit ist höchst persönlicher Natur.[2]) Wenn auch Sätze des Schuldrechts im Erbrecht hilfsweise Anwendung finden, so sind sie bezüglich der Errichtung eines Testaments so gut wie ausgeschlossen. Eine Stellvertretung wird in Übereinstimmung mit früherem Recht abgelehnt.[3]) Darin sind sich § 66, I, 12 des Allgemeinen Landrechts, Artikel 972 und 976 ff. code civil, §§ 2064, 2097 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 564 des Österreichischen, kurz alle Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuchs, einig.[4]) Lediglich in zwei besonderen Arten des Testaments nähern sich die Bestimmungen des Erbrechts Grundsätzen, die mit der Starrheit der gewöhnlichen Testiervorschriften im Gegensatz stehen: beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag.

Freilich bleiben auch bei ihnen die grundlegenden Bestimmungen über die Errichtung von letztwilligen Verfügungen in Kraft. Auch bei ihnen ist eine Stellvertretung nicht zulässig.[5]) Besondere Formvorschriften werden aufrecht erhalten, ja der Kreis der Möglichkeiten noch enger gezogen. Zugleich müssen aber Abweichungen Platz greifen, die aus der Eigenart der Einrichtungen entspringen. Während sonst eine letztwillige Verfügung nur von einem, eben dem Erblasser getroffen werden kann, wirken hier mehrere mit. Ein Testament soll nur vorliegen; denn sonst wären Sonderbestimmungen ja überflüssig.

---

[1]) Vgl. §§ 2229 ff. BGB.
[2]) §§ 2229/30 BGB. Vgl. Kretzschmar, § 15, S. 71 ff.
[3]) §§ 2064, 2347 Abs. 2 BGB.
[4]) Abweichend ALR. II. 2, §§ 521 ff.; Sächs. BGB. §§ 2203 ff., wonach der Inhaber der elterlichen Gewalt für das testierunfähige Kind verfügen konnte.
[5]) § 2064 gilt auch für das gem. Testament, § 2274 für Erbvertrag.

Die Beteiligten könnten andernfalls jeder für sich testieren. Es soll aber eine gewisse Gebundenheit, Vertragsmäßigkeit oder gar Gemeinschaftlichkeit erzielt werden. Daraus ergibt sich ein Einheitsgedanke. Im Gegensatz dazu sollen die Beteiligten wiederum, soweit es im Rahmen des Vertrages oder der Gemeinschaftlichkeit möglich ist, ihre Freiheit bewahren; der Wille des einen bleibt von dem des andern in gewisser Beziehung doch getrennt.[6]) Daraus ergibt sich im Gegensatz zum Einheits- der gleichzeitige Trennungsgedanke, gleichsam zwei Seelen in einem Körper.

Aufgabe der Arbeit soll es sein, Einheits- und Trennungspunkte beim gemeinschaftlichen Testament zu verfolgen. Dabei sind die Grundsätze zunächst bei den einzelnen Bestimmungen zu erörtern. Das allein würde aber nicht genügen, solange man nicht die Grundlage kennt, aus der diese Bestimmungen erwachsen sind. Für ihre Beurteilung ist daher Voraussetzung die Kenntnis des geschichtlichen Werdeganges, aus dem das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments entspringt.

2. Die geschichtliche Vergangenheit des gemeinschaftlichen Testaments.

Die Betrachtung darf aber nicht unmittelbar mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch beginnen. Die Bezeichnung des gemeinschaftlichen Testaments spricht zwar für sich selbst,[7]) sie ist aber kein neuer Begriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern ein Begriff, der zwar noch nicht dem klassischen römischen Recht,[8]) wohl aber dem gemeinen Recht bekannt war.

a) Geschichte vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Während im gemeinen Recht die Zulässigkeit der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments, der Kreis der zur Errichtung Berechtigten noch bestritten war,[9]) wurde es im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, im württembergischen wie bayrischen Landrecht allgemein anerkannt. Während die romanische Gesetzgebung der Neuzeit[10])

---

[6]) Vgl. Kretzschmar, S. 308 unten.

[7]) Vgl. Loewenwald, S. 1.

[8]) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Pandekten, 35. Teil, S. 55ff., 38. Teil, S. 217, 241.

[9]) Puchta, Pandekten, § 481; Vorlesungen, Bd. II, S. 387; Sintenis, § 178, a, 1; Endemann, § 44, S. 189; vgl. zur Geschichte weiter Loewenwald, S. 1ff.; Kretzschmar, S. 307ff.

[10]) code civil, Art. 968, 1000; vgl. im übrigen die bei Loewenwald, S. 9, A. 7 Zitierten.

es ausschließt, kam die Regelung des Allgemeinen Landrechts dem heutigen deutschen Recht nahe. „Nur Eheleuten ist es erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten.“[11]) Damit stimmt § 1248 des Österreichischen Gesetzbuchs überein. Gemäß den Motiven[12]) sollte das Bürgerliche Gesetzbuch das gemeinschaftliche Testament ablehnen, um den sich daran knüpfenden Streitfragen zu entgehen. Diese Streitfragen haben von jeher im deutschen Recht bestanden. Im klassischen römischen Recht wurde die Einrichtung gänzlich abgelehnt, sie war unbekannt. Die Römer kannten nur ein formloses Soldatentestament,[13]) das von Valentinian III. allgemein zugelassen wurde.

Auch im altgermanischen Erbrecht war es unbekannt. Dort entsprang es aber daraus, daß das Testament überhaupt abgelehnt wurde.[14]) Erst als die Rezeption des römischen Rechts auch teilweise zu einer Weiterbildung des alten deutschen Rechts führte, entwickelte sich die dem deutschen Recht entspringende Vergabung von Todes wegen weiter.[15]) Dabei wurde auf die widerruflichen Erbeinsetzungsverträge[16]) des römischen Rechts Einfluß genommen. Auf dieser Grundlage setzte die Ausbildung des gemeinschaftlichen Testaments im deutschen Recht ein, blieb aber im allgemeinen auf Ehegatten beschränkt.

b) Geschichte zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wie schon gesagt, lehnte der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1913[17]) das gemeinschaftliche Testament ab, um den mit ihm verbundenen Streitfragen aus dem Wege zu gehen und alle Unklarheiten zu vermeiden. Damit war jedoch die Kritik nicht einverstanden und erhob schärfsten Widerspruch. So kam es dazu, daß die 2. Kommission das gemeinschaftliche Testament zuließ, indem sie dabei von der deutschrechtlichen Grundlage, der Voraussetzung der Ehe, ausging.[18]) Dabei war sie bestrebt, die Streitfragen so weit wie möglich zu beseitigen.

---

[11]) ALR. II, 1, § 482; vgl. auch I, 12, § 611.
[12]) Motive, Bd. V, S 253.
[13]) L. 19 C. de pact. 2, 3. Vgl. Kipp, § 24, II, A. 2.
[14]) Tacitus, Germania, 20.
[15]) Loewenwald, S. 6/7.
[16]) Hartmann, S. 14ff.
[17]) Vgl. Motive, Bd. 5, S. 253.
[18]) Protokolle, Bd. 5, S. 426.

II. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Allgemeines.

Ausgangspunkt für die Zulassung war die geschichtliche Vergangenheit gewesen, in der sich das gemeinschaftliche Testament Geltung verschafft hatte, wenn auch seine Grenzen flüssig geblieben waren. Es hatten sich Unterscheidungen herausgebildet,[19]) die in ihren Grundgedanken auch heute noch erhalten geblieben sind und zur Erleichterung des Verständnisses für die Bedeutung der einzelnen gemeinschaftlichen Verfügungen von Wert sind.

Zu erklären sind diese Unterscheidungen aus der Beantwortung einer Frage: Was ist im „gemeinschaftlichen Testament" gemeinschaftlich? Einheits- und Trennungsgedanke werden hier nach dem Inhalt, nach dem Willen der Testatoren zum Ausdruck gebracht. Der Grad der Gemeinschaftlichkeit wird abgestuft.

Wie schon eingangs erwähnt, wäre die einfachste Form des gemeinschaftlichen Testaments die Verbindung zweier selbständiger Verfügungen von Todes wegen verschiedener Personen. Gegen eine rein äußerliche Verbindung ließe sich, solange Erbrecht besteht, nichts einwenden. Denn dabei ist es stets möglich, den Anforderungen, die an ein Testament in formeller Beziehung gestellt werden, nachzukommen. Gemeinsam könnte hier rein äußerlich nur die Urkunde sein. Dieser Einheit stände die innere Trennung gegenüber. Die Verfügenden wären in Inhalt und Widerruf der getroffenen Verfügungen vollkommen frei.

Im gemeinen Recht fanden diese Verfügungen die Bezeichnung simultanea.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Vereinigung in größerem Maße ermöglicht: Ganz abgesehen von dem Inhalt der Verfügungen sind die Formvorschriften insofern vereinfacht, als sämtliche Voraussetzungen für eine besondere Art des Testierens teilweise nur bei einem der gemeinschaftlich Verfügenden vorzuliegen brauchen. Dabei zeigt es sich, daß es nicht ohne Wert war, auf die Entstehungsgeschichte unseres heutigen gemeinschaftlichen Testaments einzugehen. Daraus sind die gegebenen Vorschriften verständlich. Aus dem engen ehelichen Bande entsprang, vom Gesichtspunkt des deutschen Rechts gesehen, das gemeinschaftliche Testament. Zugleich war aber

[19]) Vgl. Loewenwald, S. 7; Sengteller, S. 10ff. u. a.

damit die Lebensgefahr, in der sich einer der Ehegatten befand, in Bezug auf das gemeinschaftliche Verfügungsrecht eine Gefahr für den anderen. Daher bestimmt § 2266 BGB: „Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2249 auch dann errichtet werden, wenn die Voraussetzung des § 2249 nur auf Seiten eines der Ehegatten vorliegt“

Daraus geht hervor, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch die Vereinigung über die Aneinanderreihung zweier selbständiger Testamente weit hinausgeht.[20]) Es besteht eine äußere Einheit, die zur Abweichung von den gewöhnlichen Formvorschriften naturnotwendig führen muß. Danach entspringen die Bestimmungen des § 2267 BGB. nicht einer willkürlichen Regelung, sondern der Durchführung eines einheitlichen Grundgedankens, der in den §§ 2265—2267 seine Zusammenfassung gefunden hat. Aus ihnen ist zugleich die Begriffsbestimmung für das gemeinschaftliche Testament zu entnehmen.

2. Die Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Testaments.

In der Literatur wird mehrfach behauptet,[21]) daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Testaments überhaupt nicht gäbe, und daher Gelegenheit genommen, eine selbständige Begriffsbestimmung zu entwickeln. Dem kann nicht unbedingt gefolgt werden. Denn vergleicht man die Behandlung des Stoffes in der Literatur und im Gesetz, so zeigt es sich, daß die Abweichungen mehr in der Satzform als im Inhalt liegen und mit den ausdrücklichen Begriffsbestimmungen nicht mehr gesagt wird, als in den Gesetzesworten liegt.

So sagt Kretzschmar zunächst:[22]) „Das BGB. gibt keine Begriffsbestimmung für das gemeinschaftliche Testament, setzt den Begriff vielmehr als gegeben voraus.“ Dabei wird zunächst vergessen, daß, wie schon gesagt, der Ausdruck in seiner Zusammensetzung bereits umfangreich gefaßt ist und für sich selbst spricht. Die Worte: „Das gemeinschaftliche Testament ist ein Testament, das von Ehegatten in einheitlicher Form errichtet wird,“[23]) wären mit § 2265 BGB. zu vergleichen:

---

[20]) A. A. Kretzschmar, S. 308; beistimmend dagegen z. B. Leonhard, S. 417; Kagermann, S. 13.

[21]) Kagermann, S. 1; Stumme, S. 15; Elsas, S. 11 u. a.

[22]) Kretzschmar, § 48, II, S. 308.

[23]) Vgl. Kretzschmar, § 48, II, S. 308.

„Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden.“ Dazu sind die folgenden Bestimmungen des Gesetzes zu vergleichen, die sich mit Formvorschriften befassen. Kretzschmar sagt dann weiter: „Der Ausdruck «gemeinschaftliches Testament» ist nicht genau; in Wirklichkeit handelt es sich bei dem gemeinschaftlichen Testament nicht bloß um ein Testament, sondern um zwei Testamente, die in demselben Testamentsakte errichtet werden.“ [23]) Ähnlich spricht sich auch Windscheid,[24]) wenn auch auf Grundlage des gemeinen Rechts, aus: „Der Ausdruck gemeinschaftliches Testament ist nicht genau; was man gemeinschaftliches Testament nennt, ist nicht ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten Mehrerer in demselben Testamentsakte.“ [25])

Das ist ein Spiel mit Worten; denn der Inhalt bleibt derselbe. Mit demselben Rechte könnte man behaupten, daß der Ausdruck «gemeinschaftlich» die Mehrheit voraussetzt. Gemeinschaft ist die Vereinigung mehrerer.

Schließlich gibt Kretzschmar[26]) die Definition: „Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments besteht also in der Einheitlichkeit des Errichtungsvorgangs, durch welche die letztwilligen Verfügungen der Ehegatten zu einer formellen Einheit zusammengeschlossen werden; der Inhalt des Testaments ist dabei ohne Bedeutung.“

M. E. gibt diese ausdrückliche Definition nicht mehr Klarheit als die mittelbare des Gesetzes. Wenn Kipp[27]) kürzer sagt: „Ein gemeinschaftliches Testament ist die Vereinigung der Testamente mehrerer Erblasser in einem Errichtungsakt“, so scheint mir diese Fassung gerechtfertigter. Auf jeden Fall gibt das Gesetz für eine freie Auslegung des Begriffs keinen Spielraum, da es die Grenzen, wenn auch mittelbar, genau bestimmt.

3. Abstufungen im Inhalt.

Die testamenta simultanea[28]) sind nach dem Gesagten eine rein äußerliche Verbindung zweier Testamente. Jedes ist selbständig für sich und dem Verfügenden ist auch für später sein Verfügungs- und vor allem Widerrufsrecht bewahrt geblieben. Im Gegensatz dazu stehen zwei andere Formen,

---

[24]) Windscheid, Pandekten, § 568.
[25]) So auch Kipp, § 45 Anfang; Strohal, § 43.
[26]) Kretzschmar, § 48, II.
[27]) Kipp, § 24, I, S. 89.
[28]) Vgl. Sengteller, S. 11; Wagner, S. 14; Alffers, S. 18; Gengler, S. 72.

die wieder untereinander eine gewisse Verwandtschaft aufweisen. Sie haben gemein, daß sie in gegenseitigen Beziehungen zueinander stehen; nur die Art dieser Beziehungen ist eine verschiedene.

Die testamenta reciproca[29]) sehen vor, daß sich die Testatoren gegenseitig oder gemeinsam für später andere zu Erben einsetzen. Die Bindung ist jedoch nur eine geringe. Insofern besteht eine Verwandtschaft mit der zuerst genannten Art. Die Testatoren behalten ihr freies Verfügungs- und Widerrufsrecht. Selbst nach Erbantritt kann der Überlebende die ursprünglich nach ihm Bedachten übergehen und eine andere Verfügung treffen.

Am stärksten ist die Bindung im testamentum correspectivum.[29]) Hier hängt der Bestand der Verfügung des einen von dem der Verfügung des andern ab. Widerruft der eine, gilt auch die Verfügung des anderen als widerrufen. Hierin hat der Gemeinschaftsgedanke seinen stärksten Ausdruck gefunden. Das reziproke und das korrespektive Testament stehen sich danach im Inhalt gleich, nicht aber in der Folgerung. Das erste kann einseitig widerrufen werden, ohne daß der Widerrufende einen Nachteil erleidet; denn das Testament des andern bleibt bestehen. Bei Widerruf des korrespektiven Testaments jedoch bleibt volle Gegenseitigkeit bewahrt. Bei Widerruf eines Testaments gilt auch das andere Testament als widerrufen.

Wenn auch das gemeinschaftliche Testament von dem Spezialitätsprinzip[30]) des gewöhnlichen Testaments abweicht, so bleiben doch die Elemente des Grundprinzips bestehen. Inhaltlich stellt es zwei Testamente dar.[31]) Jeder der Testierenden verfügt über seinen Nachlaß.

4. Der Ursprung von Trennung und Vereinigung im gemeinschaftlichen Testament.

Bevor weiter darauf eingegangen wird, wie weit die Ehe Voraussetzung der Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments ist, soll hier eine andere allgemeine Frage in Betracht gezogen werden.

Schon bei der Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Testaments, bei dem Versuch, seine Grenzen zu bestimmen,

---

[29]) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. 3. Teil. § 665; Mühlenbruch in Glück's Pandekten, 35. Teil, S. 63f., 38. Teil. S. 216ff.; Loewenwald. S. 19.
[30]) Frommhold, § 2265, Anm. 2, S. 238.
[31]) Krückmann, § 143, I; Göz, S. 145; Neumann, 1. Jhrg., Bd. 2, S. 281.

hat es sich gezeigt, wie Einheits- und Trennungsgedanke stets Hand in Hand gehen. Neben dem einen taucht unzertrennlich auch stets der andere auf. Das eine, gemeinschaftliche Testament entspringt aus den Verfügungen von zwei Personen. Der Versuch, das Testament nach der einen oder anderen Richtung als Einheit oder Doppelverfügung zu betrachten, würde an dem Wesen der Sache vorbeigehen, ihm Gewalt antun. Wohl wird teilweise der Einheitsgedanke den der Trennung zurückdrängen und umgekehrt. Stets geht aber alles so Hand in Hand, daß eine getrennte Betrachtung von Einheit und Trennung unmöglich ist. Wie schon eingangs muß sich auch die weitere Betrachtung darauf beschränken, von einer allgemeinen Behandlung des Stoffes auszugehen, um dabei zugleich beide Grundgedanken zu verfolgen, die stets im Widerspiel stehen. Wollte man Teilabschnitte, in denen das eine Prinzip durchschlägt, getrennt behandeln, müßte man Stücke aus dem Ganzen herausreißen, so daß es an den Zusammenhängen fehlen würde. Dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments entspricht es vielmehr, die Entwicklung aus der Vielheit in die Einheit zu betrachten und weiterhin die Abzweigung aus der Einheit in die Trennung zu beobachten, die aus der Wurzel der Mehrzahl entspringt.

Ein Beispiel für diesen Weg findet sich bereits schon in dem soeben verlassenen Punkt, der Voraussetzung der Ehe.[32])

Es ist offensichtlich, daß eine nichtige Ehe nicht als ausreichende Voraussetzung für eine gemeinschaftliche Verfügung betrachtet werden kann. Denn es fehlt eben an den Ehegatten.[33]) Wenn § 2268 BGB. unter Bezugnahme auf § 2077 BGB. besondere Bestimmungen trifft, so beweisen sie lediglich eine besondere Sorgfalt, die der Gesetzgeber zur Vermeidung jeder Streitfrage angewendet hat. Denn auch bei Fehlen des § 2268 BGB. hätte auch beim gemeinschaftlichen Testament § 2077 BGB. als allgemeine Bestimmung entsprechende Anwendung zu finden.

Schwieriger würde sich die Frage für den Fall darstellen, daß während rechtsgültig bestehender Ehe die Verfügung gemeinschaftlich getroffen, die Ehe dann aber später aufgelöst worden ist. Wenn in den §§ 2268, 2077 BGB. für diesen Fall ebenfalls Vorsorge getroffen worden ist, so erscheint das im Gegensatz zum Fall der Nichtigkeit durchaus notwendig. Denn andernfalls müßte man das Wirksambleiben eines während der Ehe errichteten Testaments annehmen, da § 2265 BGB. nur

---

[32]) § 2265 BGB.
[33]) RGRK., § 2265, Anm. 2.

sagt: Es „kann . . . von Ehegatten errichtet werden“, diese Voraussetzung aber zuträfe. Formell wäre also den Erfordernissen genügt. Da aber innere Grundlage der Regelung das eheliche Band ist, würde die Folgerung nicht dem gewollten Ziele entsprechen, da die Voraussetzung fehlte.[34]) Andererseits ist nicht zu verkennen, daß früher einmal eine Verbindung bestanden hat. Hier hat der Gesetzgeber folgerichtig am Einheitsgedanken festgehalten. Die Trennung der Verfügungen durch die Beendigung der Ehe, das Nichtigwerden, entspringt nicht dem Trennungsgedanken, sondern im Gegenteil dem der Einheit. Da diese Einheit nicht mehr vorhanden ist, fehlt es an den innerlichen Voraussetzungen.[34]) Festzuhalten ist dabei: Das Unwirksamwerden entspringt aus dem Einheitsgedanken.

So weit geht die Regelung des Abs. 1 des § 2268 BGB. Im Gegensatz dazu muß Abs. 2 als Ausnahmefall gegenüber der Grundregelung, der Folge der Unwirksamkeit, angesehen werden. Hier ist eine Regelung getroffen, die von dem Boden der äußersten Tatsachen abweicht und dem Erblasser Gelegenheit gibt, sich im Gegensatz zu dem äußeren Umstand der Auflösung der Ehe auf den Boden einer bestehenden Ehe zu stellen. Es ist das ein Zeichen der weitesten Durchführung des Einheitsgedankens.[35])

Festzuhalten ist allerdings dabei, daß grundsätzlich Unwirksamkeit angenommen werden und ein anderer Wille des Erblassers besonders erkennbar gemacht sein muß. Durch die allgemeine Wendung „als anzunehmen ist“ wäre allerdings die Möglichkeit gegeben, sich zum Beweise auch auf außerhalb des Testaments liegende Tatsachen zu beziehen, wiederum ein Abweichen von formeller Regelung zu Gunsten der Durchführung des Einheitsgedankens auf subjektiver Grundlage. Daß den Überlebenden dabei die Beweislast treffen muß, ist in Rücksicht auf die gezeigten Grundgedanken gerechtfertigt.

III. Die Form der Errichtung.

Nachdem die Voraussetzung des gemeinschaftlichen Testaments, die Ehe, behandelt worden ist, wollen wir auf die Form der Errichtung eingehen. Sie ist im achten Titel des dritten Abschnitts des Erbrechts nicht besonders behandelt. Wie es auch die Motive[36]) aussprechen, soll danach jede Form, die

---

[34]) RGRK., § 2268, Anm. 2.
[35]) Vgl. Laué, S. 6ff.
[36]) Motive, Bd. 5, S. 253.

für das einfache Testament zugelassen ist, auch hier Anwendung finden können. Eine Einschränkung ergibt sich ohnedies aus der Eigenart des gemeinschaftlichen Testaments, die die Anwendung mancher Formen von selbst ausschließt. Bei der Errichtung eines Testaments kommt das Ineinanderfließen zweier Erklärungen zu einer, das Trennungs- wie das Einheitsprinzip deutlich zum Ausdruck.

1. Muß die Abfassung in der gleichen Form geschehen?

Es erscheint nicht maßgeblich, ob bei Errichtung eines Testaments gemäß § 2231 BGB. beide Ehegatten ihren gesamten Willen einzeln zu Protokoll erklären oder nur der eine und der andere beistimmt. Die getrennte Erklärung erscheint durchaus zulässig. Das Einigende, das Protokoll, bleibt in jedem Fall gewahrt. Bei der Streitfrage, ob ein Ehegatte seine Erklärung zu Protokoll erklären und der andere Ehegatte eine Schrift überreichen darf, sei es erlaubt, weiter auszuholen.

a) Verschiedene Auffassungen.

aa) Planck.

Die Begründung von Planck[37]) dafür, daß für beide Ehegatten nur dieselbe Form zulässig sei, erscheint allein nicht ausreichend. Unter einem gemeinschaftlichen Testament, sagt er, sei ein in einem einheitlichen Rechtsakte errichtetes Testament zweier Erblasser zu verstehen, so daß nur ein Testament vorhanden sei, welches das Testament beider darstelle. Wenn sich die Erblasser verschiedener Formen bedienten, so lägen zwei gesonderte Testamente, nicht aber ein gemeinschaftliches vor. Ohne daß die Richtigkeit des Ergebnisses bestritten werden soll, ist die Beweisführung nicht anzuerkennen. Gerade die Einheit wird so oft beim gemeinschaftlichen Testament unterbrochen, die Quellen sind eben mehrere, daß der einfache Hinweis auf die Einheit zur Beweisführung nicht ausreicht.

bb) Andere Schriftsteller.

Wenn andere die gemeinschaftliche Errichtung bei einer Behörde und den Zusammenhang der Errichtung, die Einheit des Protokolls, genügen lassen,[38]) so haben sie nicht weniger

---

[37]) Planck, Abs. 2, S. 1 der Vorbem. zu 3 zum 8. Titel des 3. Abschnitts des Erbrechts.

[38]) RGRK., § 2265, A. 1; Dernburg, S. 253; Herzfelder, A. 3 zu § 2265; Sengteller, S. 69.

Berechtigung für sich. Strohal[39]) endlich gibt für die Streitfrage keine allgemeine Lösung, sondern will sie nach der Sachlage von Fall zu Fall entschieden wissen. Damit werden aber keine allgemeinen Gesichtspunkte gegeben, nach denen die Frage von Fall zu Fall entschieden werden könnte. Trotzdem vertrete ich die Anschauung, daß die Grundlage der Entscheidung im Gesetz selbst gegeben ist.

b) Die Weiterentwicklung des Gedankens über die Form der Abfassung.

aa) Durch Vergleichsschluß.

Wie schon eingangs gesagt, reicht die Begründung Plancks, daß es sich um ein Testament handele, nicht dafür aus, eine einheitliche Form der Erklärungen zu verlangen. Mit dem gleichen Rechte könnte man sagen: es liegen zwei Testamente, wenn auch in einer besonderen Vereinigung vor und den einzelnen Testierenden ist ihre Freiheit insofern zu belassen, als sie in verschiedener Form ihre Erklärungen abgeben können. Wenn das Gesetz vorsieht, daß ein Nottestament errichtet werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 2249 BGB. nur bei einem der Ehegatten vorliegen, so ist daraus zugleich ein Hinweis darauf zu entnehmen, daß auch formell die Einheit gewahrt werden muß; denn andernfalls könnte man fast sagen, daß es dieser Bestimmung nicht bedürfen würde. Im Zusammenhang sind danach noch die Bestimmungen des § 2267 BGB. zu betrachten, die ausdrücklich das Maß festhalten, das an formellen Bestimmungen eingehalten werden muß. Aus dem inneren Zusammenhang dieser Bestimmungen würde ich einen Beweis für die Richtigkeit der Anschauung Plancks entnehmen.

bb) Zum Ergebnis.

Als Ergebnis ist danach zusammenzufassen: Auch in formeller Beziehung ist der Einheitsgedanke beherrschend und drängt den Gedanken der Trennung vollkommen zurück, ohne daß man hier sagen könnte, daß das eine aus dem andern entspringt. Die Errichtungsart muß im Rahmen des § 2267 BGB. übereinstimmen. Das schließt natürlich nicht aus, daß erst der eine Ehegatte und dann der andere die Verfügung trifft; denn anders wäre es schlecht möglich. Lediglich erscheint es nicht zulässig, daß der eine ein privatschriftliches, der andere ein Testament vor Gericht abgibt. Im übrigen ist

[39]) Strohal, Erbrecht, I, S. 321.

der Zusammenhang nur ein innerlicher. Es ist nicht notwendig, daß beide Ehegatten gleichzeitig am selben Ort und am selben Tag testieren.[40]) Hier bricht wiederum das Trennungsprinzip durch.

Auch im Gesetz ist nichts darüber gesagt, daß die Übereinstimmung von Ort und Zeit der Erklärungen der beiden Erblasser ein notwendiges Erfordernis für die Gemeinschaftlichkeit des Testamentes sei. Selbst eine erhebliche Abweichung der Erklärung des einen der testierenden Gatten von der des anderen hinsichtlich der Zeit und des Ortes ist nicht als unzulässig auszuschließen. Eine solche Gleichzeitigkeit des Errichtungsaktes bei der Abgabe der Erklärungen der Erblasser ist auch gar nicht denkbar. Denn genau genommen, ist es gar nicht anders möglich, als daß zuerst der eine Ehegatte und ihm nachfolgend der andere seinen letzten Willen erklärt. Das Gesetz verlangt vielmehr nur eine Übereinstimmung der Willen der Erblasser in dem Sinne, daß sie ein gemeinschaftliches Testament errichten wollen, und diese muß keineswegs schon dann vorhanden sein, wenn der eine Ehegatte seinen letzten Willen erklärt, sondern erst, wenn die Erklärung des anderen erfolgt.[41])

Wesentlich für die Einheitlichkeit des Errichtungsaktes ist jedoch, daß beim gemeinschaftlichen Testament eine einheitliche Urkunde vorliegen muß. Die letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten müssen so zusammengehörig sein, daß sie ein einheitliches Ganzes bilden, und diese Zusammengehörigkeit muß erkennbar hervortreten. Es braucht jedoch, um diese Einheitlichkeit zu wahren, nicht ein einziges Schriftstück zu sein, sondern die Testamentsurkunde kann aus mehreren Bogen oder Blättern bestehen,[42]) indem die Verfügung jedes Ehegatten auf einen besonderen Bogen oder ein besonderes Blatt geschrieben wird.

Trotzdem der Errichtungsakt ein einheitlicher ist und auch die Testamentsurkunde ein einheitliches Schriftstück bildet, sind in dem gemeinschaftlichen Testament zwei einseitige letztwillige Verfügungen enthalten, die durch die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes miteinander verbunden sind, die aber grundsätzlich ihre Selbständigkeit bewahren.[43]) Für die Selbständigkeit jeder der beiden Verfügungen spricht aber nur der äußere

---

[40]) RGZ., 72, S. 206; RGRK, § 2267, A. 2.

[41]) Mantey, S. 430 im Gegensatz zu Eichhorn, S. 248.

[42]) RGRK., § 2265, A. 1; Warn. Rspr., 1917, S. 403; RGZ., 50, 309; 72, 205; OLG., 1909, S. 418; Goldmann in Gruch., Bl. 48, S. 70; Zentralblatt f. freiw. Gerichtsbark., 1902, S. 825; Recht, 1904, S 387.

[43]) Goldmann in Gruch., Bd. 48, S. 69.

Anschein. In Wirklichkeit sind sie doch nicht selbständige Verfügungen, sondern Bestandteile eines gemeinschaftlichen Testaments, weil die Ehegatten sie nicht als selbständige Verfügungen errichtet haben, sondern jeder Teil nur zur Errichtung eines die beiderseitigen Verfügungen zu einer Einheit zusammenfassenden Testaments mitgewirkt hat.[44]) Es sprechen dafür, daß die Ehegatten die Verfügungen nicht als selbständige Verfügungen jedes Teils, sondern als Bestandteile eines gemeinschaftlichen Testaments errichtet haben, nicht nur die gleichzeitige Errichtung der beiden Verfügungen unter Mitwirkung derselben Zeugen, sondern besonders auch der Inhalt der Verfügungen selbst, die übereinstimmende, einen gemeinschaftlichen Willen zum Ausdruck bringende Wortfassung und der Umstand, daß jede der beiden Verfügungen vom anderen Ehegatten mitunterschrieben wird.

Auch hier kommt es wiederum nicht auf die äußere, sondern die innere Einheitlichkeit des Errichtungsaktes an.[45]) Denn jeder Ehegatte kann seine letztwilligen Verfügungen äußerlich gesondert halten. Die mehreren Schriftstücke bilden in ihrer Zusammengehörigkeit die eine Urkunde des gemeinschaftlichen Testaments. Auch der Umstand, daß es mehrere Erblasser und infolgedessen auch mehrere letzte Willen sind, steht dem nicht entgegen. Denn diese mehreren letzten Willen sind durch die Absicht der Testatoren, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, derartig zu einem einzigen einheitlichen Willen zusammengeschweißt, daß man mit Rücksicht hierauf von mehreren selbständigen Verfügungen nicht mehr sprechen kann. Dies erhellt besonders daraus, daß die Erblasser vor dem formellen Akte sich gewöhnlich darüber einigen, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. In dieser Einigung liegt die Verschmelzung der mehreren letzten Willen zu einem einheitlichen Ganzen. Auf den Inhalt der letztwilligen Verfügungen kommt es dabei nicht an. Es können vollkommen verschiedene Verfügungen sein, in denen jeder der Erblasser etwas anderes bestimmt.

Auch hierbei kehrt wieder der Gedanke der Vereinigung, ohne daß die Voraussetzung von ihr, die getrennte Mehrzahl, aufgegeben werden könnte.

2. Die Form des Beitritts.

Nicht möglich ist es, den Gedanken des einheitlichen Willens, der die Erblasser bei Abfassung der Verfügung be-

[44]) Neumanns Jahrb. 1905, Bd 1, S. 645; OLG., 1909, S. 417; Recht, 1904, S. 429.
[45]) Frommhold, S. 239.

wegt, so weit auszudehnen, daß zwei getrennte privatschriftliche Testamente, in denen der Einheitswille ausgesprochen ist, als ein gemeinschaftliches Testament gelten könnten.[46]) Trotz der Bedeutung des subjektiven Willens[47]) der Erblasser ist in erster Linie auf die Wahrung der Form zu achten. Dabei erfordert der Beitritt zum Testament des einen Ehegatten nicht durchaus die im Gesetze gebrauchten Worte. Wohl wird allgemein verlangt, daß auch die Beitrittserklärung ihre Selbständigkeit insoweit wahrt, als sie durch das gesonderte Datum erkennbar ist.[48]) Die Stimmen, die sich dagegen erheben, sind nur vereinzelt und unbeachtlich.[49]) Mehr Stimmen erheben sich schon dafür, daß die beiden Daten, das des Erstverfügenden und das des Beistimmenden in Rücksicht auf die „Gemeinschaftlichkeit" übereinstimmen müssen. Die Stimmen derer, die die Frage bejahen, befinden sich jedoch in der Minderzahl.[50]) Hier schon liegt die Trennungslinie innerhalb der Formalien, der Scheideweg des Widerspiels von Einigung und Trennung. So weit ist die Trennung der Verfügungen zu wahren, d. h. eine Übereinstimmung der Verfügungsdaten ist nicht notwendig.[51])

IV. Inhalt der Verfügungen.

1. Allgemeines.

Als die häufigste Anwendungsart des gemeinschaftlichen Testamentes könnte man den Fall nennen, daß sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen, also gleichsam einheitlich verfügen. Allerdings diese Einheit besteht gleichfalls wieder in zwei getrennten Verfügungen, die sogar einen verschiedenen Inhalt haben, wenn sie auch gleichsam auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können, die Erbeinsetzung des „anderen". Es ist dies jedoch ein Fall, der beim Erbvertrag nicht seltener sein mag. Aus dem Wesen der Ehe entspringt die Sorge für Dritte, Nachkommen; dadurch ist das Eigenartige der Verfügungen von Ehegatten meist dadurch bestimmt, daß sie wohl zunächst, wie schon gesagt, sich gegenseitig zu Erben einsetzen, danach aber gemeinsam einen oder mehrere andere bedenken wollen.

---

[46]) OLG., 9, 417ff.
[47]) Vgl. Wilke, S. 14.
[48]) Cosack, II, 2, § 117, III; § 118, I, 3; Endemann, III, § 27.
[49]) Förtsch, S. 548.
[50]) Jastrow in Ztschr. f. Ziv. Proz., Bd. 34, S. 503ff.; im Formularbuch, I, S. 191; Eichhorn, S. 248; Hölder, S. 324.
[51]) Endemann, III, § 63, I; Strohal, I, S. 322, A. 13 u. a. m.

2. Das Schicksal der Erbmasse.

Über die rechtliche Deutung solcher Bestimmungen hat sich früher ein lebhafter Streit erhoben, der auch heute noch nicht verstummt ist. Heute aber sind durch die Gesetzgebung zwar nicht die Auslegungsmöglichkeiten abgeschnitten, wohl aber der Streit, da das Gesetz Zweifel durch die Auslegungsregel des § 2269 BGB. zu beseitigen sucht. Trotzdem möchte man fast sagen, daß auch die heutige Literatur allzu sehr im Schatten früherer Fehden steht, so daß den verschiedenen Möglichkeiten ein unverdient breiter Raum gewidmet zu werden pflegt. Oft wird dadurch aber weniger Klarheit geschaffen, als verdunkelt.

a) Nach den Theorien vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Schon im früheren Recht wurde die Konstruktion allmählich abgelehnt,[52]) daß der Dritte als von jedem der beiden Ehegatten als auf das Gesamtvermögen als Erbe eingesetzt galt.[53]) Das hätte freilich gleichzeitig die Durchführung des Einheitsgedankens bis zum Äußersten bedeutet. Damit wäre das Gesamtvermögen beider Ehegatten noch bei Lebzeiten des einen fast als eine Erbmasse, z. T. eines Lebenden, anzusehen.

Mehr Geltung hat sich im gemeinen Recht eine andere Anschauung verschafft,[54]) die auf dem Trennungsgedanken fußt: Jeder Ehegatte verfügt über seinen Nachlaß selbständig. Der Dritte ist für den Fall des Vorversterbens des anderen Ehegatten für diesen Ersatzerbe. Im anderen Falle ist der Dritte Nacherbe. Zur Durchführung des Einheitsgedankens ist dann die Rechtsprechung[54]) bei Auslegung des gemeinen Rechts zurückgekehrt, indem sie zugleich einen Weg für die zukünftige Gesetzgebung zeigte. Jeder Ehegatte verfügt über seinen Nachlaß. Die getrennte Grundlage läßt sich nicht verdrängen. Für den Fall, daß der Verfügende zuerst verstirbt, ist der Überlebende zum Erben eingesetzt. Stirbt der andere Ehegatte jedoch früher, so ist für diesen Fall der Dritte als Erbe berufen. Auf dem Wege der Trennung, unter Wahrung der verschiedenen Wurzeln, aus denen das gemeinschaftliche Testament naturgemäß entspringen muß, ist hier der Einheitsgedanke in wirtschaftlicher Beziehung durchgeführt. Eine Trennung der beiden

---

[52]) Vgl. Beseler, System, S. 669ff.

[53]) Dafür die bei Loewenwald, S. 71, A. 3 und S. 72, A. 5 und bei Dernburg, Pr. Priv. R., III, § 183, A. 3 angeführte Literatur. Vgl. auch Wohlfahrt, S. 39; KGJ., 24, A. 180.

[54]) RGZ., 27, 150; 38, 217.

Vermögensmassen tritt nicht ein, sie bleiben in jedem Falle, oder vielmehr werden in jedem Falle zur Einheit.[55])

b) Nach der Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Gefahren, die für den Dritten mit einer solchen Regelung verbunden sind, werden durch weitere gesetzliche Bestimmungen ausgeglichen. Grundsätzlich bekennt sich jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch zu dieser Lösung. So bestimmt § 2269: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.“[56])

Zu welchen Unklarheiten die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten schon in sich führen können, mag ein Beispiel aus der Literatur zeigen. Im Kommentar von Reichsgerichtsräten wird ausgeführt: „Jeder der Ehegatten habe den andern in erster Linie zu seinem Erben berufen, aber zugleich den Dritten für den Fall, daß der andere Gatte zuerst sterben sollte, als Ersatzerben und für den Fall, daß der andere Gatte zuletzt sterben sollte, als Nacherben eingesetzt.“[57])

Das kann jedoch nicht anerkannt werden. Denn es ist wohl denkbar, daß jeder Ehegatte von dem andern zum „Erben“ eingesetzt ist und der Dritte bei Wegfall eines Ehegatten als Ersatzerbe an seine Stelle treten soll. Man kann aber nicht sagen, daß, falls jeder Ehegatte von dem anderen zum „Erben eingesetzt“ ist, der Dritte für den Fall des Todes des einen Ehegatten als Nacherbe eingesetzt wird, während der überlebende Ehegatte laut der Berufung durch den verstorbenen Ehegatten „Erbe“ ist. Denn als Nacherbe kann ein Dritter nur dann berufen werden, wenn jemand von dem Erblasser zum Vorerben, nicht aber, wenn jemand vom Erblasser zum „Erben“ berufen war. Das Gesetz spricht auch stets von Vor- und Nacherben. Wenn es aber nur die Bezeichnung „Erbe“ gebraucht, so ist nur der Erbe im engeren Sinne gemeint, oder aber es wird im Gesetz genau angegeben, um was für einen Erben es sich

---

[55]) Friedrichs im Recht 1901, S. 258; RGRK., § 2269, A. 2; Kipp, § 27, II, 1; Kretzschmar, § 48, II, 2; Güthe in Dtsch. Not. Z. 1902, S. 43f., 48, 51; Carlebach i. Dtsch. Not. Zt. 1912, S. 497; Leonhard, § 2269, A. 1 A und B, II; Mersmann im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 37, S. 237.

[56]) Vgl. die in Anm. 55 angeführte Literatur.

[57]) RGRK., § 2269, A 2; vgl. Planck, § 2269, Anm. II, 1, b; Kretzschmar, § 48, V, 1.

handelt. Daher muß man die im Kommentar der Reichsgerichtsräte gebrauchte Bezeichnungsweise zumindest als unklar ansehen.

Doch kehren wir zur Bestimmung des § 2269 Abs. 1 BGB. zurück. Sie sieht eine Vermutung dafür vor, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt Versterbenden und infolgedessen der Überlebende als alleiniger Vollerbe des verstorbenen Ehegatten für dessen Nachlaß anzusehen ist.[58]) Damit ist nicht gesagt, daß ein auf Vor- und Nacherbschaft gerichteter Wille der Ehegatten für unzulässig erachtet wird.[59]) Ein solcher Wille muß aber erkennbar sein. Daher ist bei jedem gemeinschaftlichen Testament zu prüfen, ob nicht die Eheleute diesen Willen gehabt haben.[60]) Denn nach §§ 133, 2084 BGB. ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Ist nirgends auf einen solchen Willen der Ehegatten zu schließen, so greift die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB. Platz, wonach es dem Willen der Ehegatten entspricht, daß der Überlebende als alleiniger Vollerbe in der Verfügung über den Nachlaß des Verstorbenen völlig frei und der Dritte Erbe des Überlebenden für den gesamten Nachlaß sein soll.

Bei der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ist eins zu beobachten. § 2269 BGB. gibt, wie schon gesagt, keine feste Bestimmung, sondern nur eine Auslegungsregel.[61]) Der Auslegung ist also Spielraum gelassen. Das gemeinschaftliche Testament ist ein Testament. In den §§ 133, 2084 BGB. sind Auslegungsregeln gegeben. Nach diesen kommt es auf den Willen des Verfügenden an. Hier hat man es jedoch mit zwei Verfügenden zu tun. Zunächst ist danach nicht von dem Willen eines einzelnen, sondern von dem gemeinsamen, einheitlichen Willen der Ehegatten auszugehen, eine Folgerung, die sich aus dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments, seiner Einheit, ergibt.[62]) Zu dieser Folgerung kann man jedoch zunächst nur über den § 2269 BGB. kommen. Denn andererseits ist immer wieder nicht zu leugnen: Inhaltlich sind zwei Verfügungen vorhanden. Nur wo sie übereinstimmen, ist der

---

[58]) RGZ., 59, 84f.; 60, 117.

[59]) RGRK., § 2269, A. 2; Kipp, § 27, II, 1, c; Kretzschmar, § 48, V, 1; Planck, § 2269, Anm. II, 3; Frommhold, § 2269, A. 1; Kössler, Sp. 1182; J. W., 1905, S. 206; RGZ., 60, 117.

[60]) OLG., 1902, S. 427.

[61]) Vgl. Kretzschmar, S. 313; RGRK., § 2269, A. 2; Wohlfahrt, S. 43; Goldmann, S. 64ff., 79; RGZ., 59, 84ff. u. a.

[62]) RGRK., § 2269, A. 2 am Ende.

gemeinschaftliche Wille zu erforschen, nicht aber dort, wo es sich um Bestimmungen des Einzelnen handelt.

So kehrt das Widerspiel von Ein- und Vielheit in allen Spielarten wieder.

V. Verhältnis der Bestimmungen der Ehegatten zueinander.

1. Die Verbindung der beiden Bestimmungen. Die Quelle der Verbindung.

a) Nach allgemeinen Gesichtspunkten.

Damit sind wir schon zu dem wichtigsten Abschnitt aus den Bestimmungen über das gemeinschaftliche Testament angelangt, einem Abschnitt, in dem Einheit und Trennung nochmals besonders hervortritt.

Die Verfügungen der Ehegatten werden nicht immer übereinstimmen, trotzdem aber in einem gewissen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Es liegt in der Natur des Instituts, daß die Ehegatten sich über die zu treffenden Verfügungen unterhalten werden. Sie werden nicht nur vollkommen selbständige Verfügungen in die Form des gemeinschaftlichen Testaments kleiden. Denn dazu würde es der Benutzung dieser Form des Testierens gar nicht bedürfen. Es wäre fast sinnlos, Verfügungen, die sich inhaltlich vollkommen fremd gegenüberstehen, in dieselbe Form zu gießen.[63]) Verständlich wäre es gerade für den allerdings seltenen Fall, daß bei einem der Ehegatten ein Grund vorliegt, der eine Formerleichterung gestattet, die sich dann der andere Ehegatte zunutze machen könnte. Allgemein werden sich Ehegatten in gegenseitiges Einverständnis setzen. Daraus folgt gewöhnlich, daß der eine die Verfügung darum trifft, weil der andere irgend eine entsprechende treffen soll. Die Verfügungen gelangen daher in das Verhältnis einer gemeinschaftlichen Ursächlichkeit.[64]) Sie sind nicht als getrennte, selbständige Verfügungen zu werten, sondern es ist zu berücksichtigen, daß sie einem gemeinschaftlichen Gedanken, der Gegenseitigkeit entspringen werden.[65]) Damit kehrt die Entstehung des gemeinschaftlichen Testaments, wenn auch in umgekehrter Folge, wieder. Das

---

[63]) Vgl. Strohal, § 43, Anm. 22.

[64]) Kretzschmar, S. 312.

[65]) Kiss im Archiv f. bürgerl. R., Bd. 25, S. 177; Strohal, § 43, Anm. 8; Dernburg, § 92, II; Endemann, § 63, III, c, 2.

gemeinschaftliche Testament entspringt aus zwei selbständigen Verfügungen, die auf der Grundlage der Einheit der Ehe zusammengeschmolzen werden. Die Grundlage ist hier die gleiche. Der Ausgangspunkt ist hier aber nicht die Vielheit der Verfügungen, sondern der einheitliche Gedanke der Wechselbezüglichkeit, der dann in den beiden getrennten Verfügungen inhaltlich seinen Niederschlag findet.

b) Nach dem Gesetze.

Während auf dem Boden des früher herrschenden Rechts Streit über den zulässigen Inhalt wechselbezüglicher Verfügungen von Ehegatten bestand, hat sich auch hier die neue Gesetzgebung die Erfahrungen der Vergangenheit zunutze gemacht und den Streitfragen durch ausdrückliche Bestimmungen ein Ende bereitet. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt sich, wie wir es demzufolge oben schon in der Entwicklung der Entstehung wechselbezüglicher Verfügungen getan haben, grundsätzlich auf den Boden des Motivs.[66]) Das Motiv ist für die Wechselbezüglichkeit ausschlaggebend.[67])

So spricht das Gesetz in § 2270 Abs. 1 BGB. von Verfügungen, „von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde." Durch diese Fassung ist der Begründung der Verfügungen weiter Spielraum gelassen. Es genügt das Abhängigkeitsverhältnis. Die Streitfragen über die Folgen der Wechselbezüglichkeit bei Wegfall einer der Verfügungen infolge Nichtigkeit oder Widerruf sind ebenfalls ausgeräumt.[68]) „Die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung" hat „die Unwirksamkeit der anderen zur Folge." Auf diese Weise sind Unklarheiten vermieden und der Einheitsgedanke, der die ihrer Herkunft nach getrennten Verfügungen umfaßt, ist folgerichtig durchgeführt.

2. Scheinbarer Widerspruch in der Rechtsprechung.

In einer Entscheidung des Reichsgerichts[69]) wird nun der Standpunkt vertreten, daß bei dem korrespektiven Testament in den beiden letztwilligen Verfügungen z w e i einseitige s e l b s t ä n d i g e rechtsgeschäftliche Willensakte der z w e i Erblasser vorliegen, die durch nichts anderes als lediglich durch den

---

[66]) Protokolle, V, S. 451; Kretzschmar, S. 315; RGZ., 116, 149; RGRK., § 2270, A. 1.

[67]) Vgl. Ebbecke, im Recht, 1923, Sp. 86.

[68]) RGZ., 60, 117; RGRK., § 2270, Anm. 2.

[69]) RGZ., 50, 310.

eigenen, vom Gesetzgeber als wirksam anerkannten Willen der beiden Erblasser in ihrer Wirksamkeit dergestalt voneinander abhängig gemacht worden sind, daß die eine Verfügung mit der anderen steht und fällt, und daß weder durch diese gewillkürte Abhängigkeit noch durch die Gemeinschaft des Testierzweckes noch durch die Gemeinschaft des Errichtungsaktes die zwei Rechtsgeschäfte zu einem werden können. Das ist jedoch für unsere Betrachtungsweise ohne Bedeutung und führt auch nicht zu einer Einschränkung des eingenommenen Standpunktes. Denn das Reichsgericht kommt zu dem angeführten Ergebnisse von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus, und zwar in Beantwortung der Frage, ob dadurch eine einmalige oder eine zweimalige Stempelsteuer fällig wird. Es ist nicht Zweck des gemeinschaftlichen Testaments, steuerliche Erleichterungen zu gewähren. In dieser Beziehung muß der Einheitsgedanke dem Umstande gegenüber zurücktreten, daß das eine Testament aus der Verfügung über zwei Vermögensmassen verschiedener Personen entsteht. Das letztere muß aber für das Steuerrecht von ausschlaggebender Bedeutung sein.

3. Wechselbezüglichkeit und Bedingtheit.

Aus dem früheren Streit, ob es sich um Bedingtheit oder einen Anfechtungsgrund bei der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen handelt, hat sich zugleich eine andere Frage auch noch im heutigen Recht erhalten. Ebenso wie es eine einseitige Bedingtheit gibt, kann die eine Verfügung zwar die andere zur Voraussetzung haben; es ist aber nicht notwendig, daß auch das Gegenteil der Fall ist.[70]) Dabei würde es sich um eine Spaltung der Vereinigung handeln, eine Spaltung, die zur Gegenüberstellung einander wesensfremder Verfügungen führen würde, die in einem einseitigen Verhältnis zueinander ständen. Die Möglichkeit, daß die Verfügungen der Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament in dem genannten Verhältnis stehen können, ist nicht abzuleugnen. Abgelehnt muß es jedoch werden, ein solches Verhältnis der im Gesetz festgelegten Wechselbezüglichkeit mit den daran geknüpften Folgen gleichzusetzen.[71]) Denn hier würde es sich nur um eine Verfügung handeln, die im Verhältnis zu der anderen steht. Im Gesetz ist jedoch nur davon die Rede, daß die Verfügungen, also beide, in dem genannten Verhältnisse stehen, daß also eine Wechselbezüglichkeit vorhanden sein muß.

[70]) Cosack, II, § 360, IV, 3, b; Planck, Anm. 2 zu § 2270; Herzfelder, Anm. 1 zu § 2270.

[71]) Strohal, S. 326, A. 28, u. 331, A. 9; Mattes, S. 29ff.; Loewenwald, S. 19; Wohlfahrt, S. 52 u. a.

VI. Der Umfang der Wechselbezüglichkeit.

1. Allgemein.

Immerhin sind die Grenzen der wechselbezüglichen Bestimmungen flüssig und schwer zu bestimmen. Da es sich meistens um einen nicht ausdrücklich ausgesprochenen Zusammenhang handeln wird, ist der Auslegung freier Spielraum gelassen.[72]) Daraus entspringen auch die weiterhin gegebenen Auslegungsregeln, so § 2270 Abs. 2 BGB.: „Ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht."

Es sei hier gestattet, über den Streit[73]) bezüglich der Angemessenheit, insbesondere in Rücksicht auf die frühere deutschrechtliche Auffassung, der Bestimmungen im Verhältnis zur Ehe hinwegzugehen, da wohl de lege ferenda, nicht aber de lege lata ihm Bedeutung beizumessen ist. Aus der zuletzt angeführten Bestimmung ist jedenfalls am klarsten erkennbar, wie stark der Einheitsgedanke in der Gesetzgebung zur Durchführung gekommen ist. Gerade der erste Fall, daß sich nämlich die Ehegatten gegenseitig bedenken, dürfte fast die Regel bilden, wenn auch der Umfang der getroffenen Verfügungen ein verschiedener sein mag. Noch bedeutend weitergehend ist die zweite Bestimmung, nach der für den Todesfall des bedachten Ehegatten eine Verfügung zugunsten eines Dritten getroffen sein muß. Hier geht die einheitliche Verfügung nebst ihrer einheitlichen Durchführung über den Tod der Verfügenden hinaus. Wenn der Kreis der Dritten auf die Nachkommenschaft beschränkt wäre, könnte man von einer gradlinigen Durchführung der dem Institut zu Grunde liegenden Rechtsgedanken sprechen. Das geltende Recht geht aber darüber weit hinaus, indem es den Kreis ganz bedeutend weiter zieht, indem selbst dem Verfügenden „sonst nahe stehende" Personen einbezogen werden. Dieses über den Rahmen Hinausgehen bedeutet aber nichts anderes als eine Spielart der Wiederkehr zum Trennungsgedanken, ein Zurückgehen auf die getrennten Quellen des Testaments. Soweit an das Bedenken von Kindern gedacht wird, handelt es sich um die Durchführung des Ein-

---

[72]) RGRK., § 2270, A. 3; Kretzschmar, S. 317; Eck, III, S. 179; Kipp, II, 3, § 28, S. 98.

[73]) Loewenwald, S. 24ff., 32.

heitsgedankens. „Sonst nahe stehende“ Personen kann sich auf jeden Dritten beziehen. Diese Möglichkeit hat also nichts mit der Ehe und ihren Zusammenhängen zu tun. Sie eröffnet vielmehr, Vorteile, die nur Ehegatten gewährt werden, auf beliebige Dritte auszudehnen. Einzelnen Ehegatten nahe stehende Menschen haben aber mit dem Wesen der Ehe nichts zu tun. Hier wird also auf die getrennte Quelle der Ehe, auf die selbständigen Einzelpersonen zurückgegangen. Es ist eine Rückkehr zum Anfang.[74])

2. Wirkung.

a) Allgemein und in der Ausdehnung.

Die Wirkungen der Wechselbezüglichkeit sind bereits genannt worden: Bei Wegfall der einen Verfügung, sei es wegen Nichtigkeit oder Widerruf, tritt Wirkungslosigkeit der anderen Verfügung ein.[75]) Es entspringt der Natur der Sache, daß ein Nichtwirksamwerden, weil z. B. der Drittbedachte vorverstirbt, in dieser Beziehung unerheblich ist.[76]) Von der Unwirksamkeit sind nicht sämtliche Verfügungen betroffen. Nur die im Abhängigkeitsverhältnis stehenden fallen ihr anheim. Dabei ist natürlich zu prüfen, wie weit dieser Kreis zu ziehen ist.[77])

Bei der Art der Fassung des Gesetzes liegt die Möglichkeit vor, auch hier die Grenzen weit zu ziehen. Andererseits bleiben die übrigen Verfügungen unberührt. Daraus ergibt sich ein Trennungsstrich innerhalb der Verfügung des Einzelnen zwischen abhängigen und unabhängigen Verfügungen. Die letzteren bleiben von dem Schicksal der Verfügungen des anderen vollkommen unberührt. Hier sind die Verfügungen vollkommen getrennt zu behandeln. Die abhängigen Verfügungen hingegen teilen das Schicksal der Verfügungen des anderen Teils, sind also mit diesen unwirksam.

Während sonst der Schnitt gleichsam den Grenzen der beiden Verfügungen entlang lief, geht er hier quer durch sie, je nach der Art ihres Charakters, hindurch. Der abgeschnittene Teil bildet gleichsam noch im Tode eine Einheit, während im übrigen der Persönlichkeitswert der Bestimmungen der Einzelnen erhalten bleibt.

Wie schon oben erwähnt, ist es denkbar, daß in zwei getrennten Testamenten von Ehegatten Verfügungen getroffen

---

[74]) Vgl. Kretzschmar, S. 317.

[75]) Vgl. Leonhard, § 2270, A. I u. II; RGRK., § 2270; Maercker-Köhne, § 119 B u. a.

[76]) Kipp, § 28, IV, S. 103; Kretzschmar, § 48, VII, 1, S. 318.

[77]) Kretzschmar, § 48, VI, 3, a, S. 317.

werden, die inhaltlich ebenfalls in einem wechselbezüglichen Verhältnisse stehen. Der Unterschied zwischen diesen Verfügungen gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament zeigt sich bei dem Wegfall des einen Testaments, sei es wegen Nichtigkeit oder Widerruf. Auf letzteren wird ohnehin noch einzugehen sein. In beiden Fällen ist die widerrufene Verfügung nichtig. Während aber bei der Einheit des gemeinschaftlichen Testaments, eben in Rücksicht auf diese Einheit, von der Nichtigkeit selbsttätig die Parallelverfügungen im anderen Verfügungsteil betroffen werden,[78]) ist das bei selbständigen Verfügungen nicht der Fall. Hier ergibt sich nur die Möglichkeit, die Unwirksamkeit auf Grund der Ausnutzung besonderer Bestimmungen herbeizuführen.[79]) Es könnte eine Anfechtungsmöglichkeit aus § 2078 Abs. 2 BGB. gegeben sein. Allerdings ist auch die Anwendung der §§ 2074—2076 BGB., die von der bedingten Erbeinsetzung handeln, möglich. Aber hier wären die Voraussetzungen zu erfüllen, die beim gemeinschaftlichen Testament infolge der dort aufgestellten Vermutungen wegfallen.

Soweit nicht die Folgen des Wegfalls einer Verfügung bei gemeinschaftlichem und zwei Einzeltestamenten gleichsam im Verhältnis von dinglichem Recht und Schuldrecht stehen, im Verhältnis von Wirkung und Anspruch, ist die Lage selbst bei Bedingtheit der letztwilligen Verfügungen gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament praktisch keine bessere. Erkennbar ist daraus, wie stark der Einheitsgedanke trotz des bei Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen herbeigeführten Querschnitts durchgeführt ist.

b) In der Beschränkung.

Das Gebiet der wechselbezüglichen Verfügungen, in dem der Einheitsgedanke, wie gezeigt, am stärksten durchgeführt ist, erleidet zwar eine Einschränkung durch den Absatz 3 des § 2270 BGB.: „Auf andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen findet die Vorschrift des Absatz 1 keine Anwendung.“[80]) Damit ist noch nicht die Möglichkeit abgeschnitten, weitere Verfügungen in das Verhältnis einer wechselseitigen Bedingtheit zu setzen; lediglich die Folgen sind daher beschränkter.[81])

---

[78]) RGRK., § 2270, Anm. 2.

[79]) Vgl. Wohlfahrt, S. 57f.; Zetzsche, S. 28, A. 23; Küntzel bei Gruchot, Bd. 41, S. 453; Strohal, S 328; P. Meyer, S. 43, A. 8; Frommhold, Anm. 4 zu § 2270; Matthiass, II, S. 425ff.

[80]) Vgl. RGRK., § 2270, Anm. 5.

[81]) Kretzschmar, S 318, § 48, VI, 3, b.

Man könnte daran denken, daß es sich bei der genannten Bestimmung um einen Rückschritt zum Trennungsgedanken handelt. Das ist zwar nicht abzuleugnen. Die Erklärung ergibt sich aber aus dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments. Die Ziele, die durch diese Einrichtung erreicht werden sollen, sind auch bei Beschränkung auf die aufgezählten Gebiete erreichbar.

VII. Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen.

Wie weit die Vereinigung und Trennung im gemeinschaftlichen Testament geht, tritt wiederum bei den Bestimmungen über seinen Widerruf hervor. Wo die Einheit restlos durchgeführt ist, ist der Widerruf ausgeschlossen. Der Grad, in dem die Einheit durchgeführt ist, ergibt sich aus der Schwere der Bedingungen, die an einen einseitigen Widerruf geknüpft werden, bis schließlich die Trennung dort zum Vorschein kommt, wo ein einseitiger Widerruf gegeben ist.

1. Form.

Daß die Verfügenden gemeinsam ihre Verfügung auch widerrufen können, bedarf keiner weiteren Begründung.[82]) Denn hier verfügen die getrennten Persönlichkeiten gemeinschaftlich, so daß sich ein Gegensatz oder Widerstand nicht ergeben kann. Die Bindung ist eine gegenseitige, so daß auch eine Lösung im gegenseitigen Einverständnis zugelassen werden muß. Auf den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments müssen mangels besonderer Bestimmungen die allgemeinen Widerrufsbestimmungen der §§ 2253 ff. BGB.[83]) Anwendung finden. Danach erfolgt der Widerruf durch Testament.

Wenn Borcherdt[84]) nun den Standpunkt vertritt, daß der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch zwei spätere selbständige Verfügungen der Ehegatten möglich sei, so kann dem nicht beigestimmt werden. Denn es würde bei getrennten Verfügungen an dem erforderlichen gegenseitigen Einverständnis fehlen. Eine Verstärkung findet dieser Standpunkt durch § 2271 BGB.: „Der Widerruf einer Verfügung, die mit

---

[82]) Kretzschmar, § 48, VII, 2, a, S. 318; Wohlfahrt, S. 59; RGRK., § 2271, A. 1; Eck, S. 180.

[83]) RGRK., § 2271, A. 1; Kretzschmar, § 48, VII, 1, S. 318; Wohlfahrt, S. 59 u. a.

[84]) Borcherdt, S. 499.

einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296.“ Freilich muß danach ein Widerruf und eine Änderung der unabhängigen Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments als zugelassen angesehen werden. Im übrigen aber ist die Form des § 2296 BGB. zu wahren und schließlich: „Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben“, weil es sich eben um wechselseitig verbundene Verfügungen handelt. Damit ist die gegenseitige Bindung nochmals ausdrücklich ausgesprochen. Verstärkt wird das noch durch den ersten Satz des zweiten Absatzes dieses Paragraphen. „Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten.“ Angesichts dieser Zusammenhänge erscheint auch kein Schluß auf das Gegenteil aus § 2272 BGB. möglich: „Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden.“ Man könnte in Versuchung kommen, daraus schließen zu wollen, daß das gemeinschaftliche handschriftliche Testament einseitig widerruflich wäre. Dem widerspricht aber die bereits besprochene allgemeine Regelung, so daß § 2272 BGB. nur als eine ausdrückliche Formvorschrift anzusehen ist, die nicht einmal unbedingt notwendig erscheint.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß ein Widerruf in der Form des § 2255 BGB[85]). danach nur von beiden Ehegatten gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Bei der Abgrenzung, wie weit hier die Gemeinschaftlichkeit gehen muß, genügt es, sich auf das bezüglich der gemeinschaftlichen Errichtung Gesagte zu berufen.

2. Voraussetzungen.

Selbst wenn wir noch die letzten Bestimmungen des § 2271 BGB. in Betracht ziehen, kann man von einer Durchbrechung des Einheitsgedankens nicht sprechen: „Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zu Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 und des § 2336 berechtigt.

Ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht, so findet die Vorschrift des § 2289 Abs. 2 entsprechende Anwendung.“[86]) Denn bei diesen Bestimmungen handelt es sich nicht darum, daß dem Über-

[85]) Kretzschmar, § 48, VII, 1, S. 317; RGRK., § 2271, A. 1; Wohlfahrt, S. 60 u. a.

[86]) Vgl. RGRK., § 2271, Anm. 5; Kretzschmar, § 48, VII, 2, c, S. 323; Planck, A. IV, 2 zu § 2271; Wohlfahrt, S. 82ff.; Herzfelder, A. III, b zu § 2270/71.

lebenden eine besondere Verfügungsmacht, unabhängig von dem Verstorbenen, gegeben ist. Er ist nicht selbständiger gestellt, losgelöst von der Gemeinschaftlichkeit. Das genaue Gegenteil ist der Fall. In dieser Beziehung findet die Gemeinschaftlichkeit ihren höchsten Ausdruck. Der Überlebende vereinigt in sich die Rechte des schon Verstorbenen. Dieser kann Verfügungen nicht mehr treffen, kann den Änderungen, die durch das Zeitgeschehen eingetreten sind, nicht mehr Rechnung tragen. Man könnte es aber nicht als im Sinne der Einheit liegend ansehen, wenn der Überlebende sklavisch an das einmal Verfügte gebunden werden soll. Es wäre unbillig, ihn zu binden, selbst wenn man annehmen müßte, daß der Verstorbene widerrufen hätte, falls er die zukünftigen Geschehnisse hätte vorausahnen können. Es ist ja sogar der Fall möglich, daß er in irgend einer Weise, wenn auch nicht testamentarisch, ausgesprochen hätte, von welcher Grundlage er bei Abgabe seiner Erklärungen ausgegangen ist und wie er bei einer anderen Grundlage gehandelt hätte. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet haben wir es nicht mit dem Einzelverfügenden, sondern mit der Vereinigung der Verfügungsgewalt durch den Tod zu tun, die gegenüber später Bedachten vollkommen freigestellt ist, sobald die Voraussetzungen des § 2294 BGB. vorliegen. Daran ändert auch nichts die Fassung dieses Paragraphen, der von einem Rücktritt spricht. Denn es kommt nicht auf den Wortlaut, sondern auf den gedanklichen Inhalt an. Dieser scheint mir aber in der von mir behaupteten Richtung zu liegen.

Bisher ist absichtlich eine Bestimmung nicht in den Kreis der Betrachtungen einbezogen worden, weil sie offensichtlich außerhalb des bisher durchgehend beobachteten, fast unterbrechungslos durchgeführten Einheitsgedankens liegt. Es sind dies die Worte des § 2271: „der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt."[87])

Damit ist dem Überlebenden die Möglichkeit gegeben, sich allein von der gemeinschaftlichen Bindung loszusagen. Gegen die Aufgabe der sich ihm aus dem gemeinschaftlichen Testament bietenden Vorteile kann er danach seine volle Handlungsfreiheit wiedergewinnen.

Diese Rücktrittsmöglichkeit weist mit der vorher besprochenen Ähnlichkeiten auf. Wenngleich diesseits der Standpunkt vertreten wird, daß die vorher erwähnte auf das Einheitsprinzip letzten Endes zurückzuführen ist, so handelt es sich

[87]) Vgl. RGRK., § 2271, A. 4; Kretzschmar, § 48, VII, 2, S. 322 u. a.

dabei mehr um innere Gedanken, um die wirtschaftliche Auswirkung, nicht aber um die Fassung des Gesetzes; denn nach dieser kann man zu einer Trennung gelangen. Gemeinsam ist nun diesen Rücktrittsmöglichkeiten die Entstehungsursache. Bei der einen ist sie ausgesprochen, im Gesetz bestimmt festgelegt. Bei der anderen wird sie mit keinem Worte erwähnt. Es handelt sich aber in beiden Fällen darum, daß das Leben nach dem Tode des einen der Verfügenden in seinem Fortschritt Veränderungen zeigt, die ein Stehenbleiben bei dem Alten verhindern. Der häufigste Fall mag wohl der sein, daß der Überlebende wieder eine neue Ehe eingeht, sich damit einen neuen Lebenskreis schafft, der sich mit dem alten nicht unbedingt vereinbaren läßt. Darin ist aber zugleich die Trennung zwischen den Ursachen der beiden Rücktrittsgründe gegeben.

VIII. Schluß.

Wenn wir rückblickend uns die Durchführung von Einheits- und Trennungsgedanken vor Augen halten, so kommen wir zu dem Ergebnis: Die Quellen der Verschiedenheiten sind selbständige. Eine Vereinigung der Quellen ist unmöglich, da eine Persönlichkeit nicht in einer anderen aufgehen kann. Daran ist stets festzuhalten. Der Grad der Vereinigung kann danach nur ein verhältnismäßiger sein. Er muß sich anpassen nicht nur an die Persönlichkeiten, sondern auch an die Zeit. Die Persönlichkeit ist keine einheitliche Größe; sie wandelt sich vielmehr in der Zeit und der stets wechselnden Umgebung ab.

Geltung hat freilich nur die Wandlungsmöglichkeit innerhalb Familien- und Erbrecht. Die Ehe ist die Grundlage des Testaments. Mit ihrem Aufhören treten auch Wirkungen ein, die auf das gemeinschaftliche Testament Einfluß haben. Die Art des Einflusses hängt von dem Grunde der Aufhebung der Ehe ab. Soweit die Eheleute auch im gemeinschaftlichen Testament ihre Persönlichkeit erhalten haben, bleibt sie unbeeinflußt.

Die gegenseitige Bindung der Eheleute ist mit einem Vertrage vergleichbar und hat im Erbvertrag ein Seitenstück. Trotz dieser Bindung wird die Bewegungsfreiheit Dritten gegenüber erhalten, indem die im Erbrecht gegebene Widerrufsmöglichkeit aus besonderen Gründen in Anspruch genommen werden kann. Wenn sie nicht schon zu Lebzeiten beider Ehegatten gegeben ist, so liegt das daran, daß hier die Bindung an den anderen Ehegatten, nicht etwa an den Drittbedachten besteht. Der andere Ehegatte ist aber jederzeit imstande, im Wege der Einigung eine Änderung des Bestimmten eintreten zu lassen.

Die Vereinigung des Getrennten ist, soweit es mit dem Grunde der Vereinigung vereinbar ist, fast restlos durchgeführt.

Literaturverzeichnis.

A. Schriftsteller.

Alffers: Das gemeinschaftliche Testament nach Gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Diss. Greifswald. 1899.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. Abteilung. Berlin. 1885.

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. Breslau. 1901.

Busch, Erler, Lobe: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin. Leipzig. 1929.

Carlebach: Das Berliner Testament. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1912. S. 490 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 2. Abtlg. 7./8. Auflage. Jena. 1924.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Auflage, bearbeitet von Engelmann, Halle. 1911.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. 3. Halle. 1896.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin. 1896.

Ebbecke: Gemeinschaftliches Testament der Ehegatten. Im Recht. 1923. Sp. 84 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Berlin. Bd. 3. 1904.

Eichhorn: Die Nachteile des eigenhändigen Testaments. In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. 1901. S. 241 ff.

Elsas: Über die Unterschiede zwischen einem von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente und einem von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage. Diss. Rostock. 1901.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3: Erbrecht. 1. Hälfte. 1919. 2. Hälfte. 1920. 8./9. Auflage. Berlin.

Förtsch: Im Recht. 1900. S. 548.

Friedrichs: Zum § 2269 BGB. Im Recht. 1901. S. 258.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin. 1900.

Gengler: Das deutsche Privatrecht. Erlangen, Leipzig. 1892.

Goldmann: Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Testaments. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 48, S. 64 ff.

Göz: Zur Lehre von den korrespektiven Testamenten. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 54, S. 145 ff.

Güthe: Zur Auslegung des § 2269 Abs. 1 BGB. In Ztschr. des Deutschen Notarvereins. 1902. S. 41 ff.
Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig. 1860.
Hartwich: Das gegenseitige gemeinschaftliche Testament im Vergleich mit dem gegenseitigen Erbvertrag nach dem BGB. Diss. Leipzig. 1908.
Heidrich: Das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag. Diss. Heidelberg. 1906.
Herkt: Das gegenseitige gemeinschaftliche Testament und der gegenseitige Erbvertrag nach dem bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Diss. Marburg. 1907.
Hölder: Das eigenhändige Testament. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 41, S. 303 ff.
Jastrow: Formularbuch und Notariatsrecht auf Grundlage des BGB. Berlin. 1900.
Jastrow: In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 34, S. 503 ff.
Kagermann: Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach deutschem bürgerlichen Recht. Diss. Erlangen. 1913.
Kipp: In Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 3. Abt.: Das Erbrecht. 7. Bearb. Marburg 1928.
Kiss: Zur juristischen Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 175 ff.
Kößler: Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch. In Deutscher Juristenzeitung. 1906, Sp. 1181 ff.
Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage. Leipzig. 1913.
Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Auflage. Berlin. 1929.
Küntzel: Kritik von Achilles, Textausgabe des BGB. In Gruchots Beiträgen, Bd. 41, S. 441 ff.
Laué: Verdient die im Entwurf des BGB. vorgeschlagene Abschaffung der wechselseitigen Testamente Zustimmung? In Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. Bd. 1, S. 3 ff. Berlin. 1889.
Leonhard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 5. Buch. Erbrecht. 2. Auflage. Berlin. 1912.
Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen Gesetzbuch mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin. 1899.

Maercker, Köhne, Feist: Die Nachlaßbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und Vormundschaftsrecht. 18. Auflage. Berlin. 1912.

Mantey: Müssen die Daten, die holographisch gemeinsam testierende Gatten zufolge Gesetzes beiderseits zu schreiben haben, identisch sein? Im Recht. 1901, S. 430 ff.

Mattes: Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB. Diss. Gießen. 1902.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts. 5. Aufl. Berlin. 1910.

Mersmann: Die praktische Verwendbarkeit des Berliner Testaments (§ 2269 BGB.) gegenüber dem Pflichtteilsanspruch von Kindern. Im Arch. f. bürg. Recht. Bd. 37, S. 271 ff.

Meyer P.: Das gemeinschaftliche Testament des BGB. Marburg. 1908.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 5: Erbrecht. Berlin, Leipzig. 1888.

Mühlenbruch: Glück's ausführliche Erläuterung der Pandecten.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandecten-Rechts. 4. Auflage. Halle. 1844.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen aller Bundesstaaten. 2. Bd. 4. Auflage. Berlin. 1905.

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 4. Auflage. Berlin, Leipzig. 1930.

Proske: Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage. Diss. Breslau. 1905.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Lieferung. Berlin. 1898.

Prytek: Gegenseitiges gemeinschaftliches Testament und gegenseitiger Erbvertrag. Diss. Heidelberg. 1906.

Puchta: Pandekten über das heutige römische Recht. 3. Auflage. Leipzig.

Puchta: Pandektenvorlesungen. 4. Auflage. 2. Bd.

Sengteller: Das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt. Diss. Breslau. 1905.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. Bd. 3.

Staudinger-Herzfelder: Erbrecht. Bd. 5 von Staudingers Kommentar zum BGB. 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig. 1928.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 3. Auflage. Berlin. 1904.
Stumme: Die Form des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Rostock. 1908.
Wagner: Vergleichung des gegenseitigen gemeinschaftlichen Testaments mit dem gegenseitigen Erbvertrage. Diss. Erlangen. 1906.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Bd. 2. Aufl. Tübingen. 1930.
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Wilke: In Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. Bd. 1, S. 3 ff. Berlin. 1889. Vergl. Laué.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wohlfahrt: Das gemeinschaftliche Testament. Diss. Breslau. 1909.
Zetzsche: Vertragsähnliches im korrespektiven Testament. Diss. Jena. 1905.

B. Entscheidungen und Sammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow und Ring.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.

Lebenslauf.

Ich, der Gerichtsreferendar Kurt Beierlein, bin am 5. Februar 1902 zu Küstrin geboren. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit und bin evangelischer Konfession. Mein Wohnsitz ist Breslau. Ich bin der Sohn des Fabrikdirektors Eugen Beierlein zu Küstrin. Von 1908 bis 1911 besuchte ich die Vorschule zu Küstrin. Von 1911 bis 1922 besuchte ich das Staatliche Realgymnasium zu Küstrin. Nachdem ich die Reifeprüfung bestanden hatte, begann ich, im Herbst 1922 auf der Universität Marburg die Rechtswissenschaften zu studieren. Nach einem Studium von drei Semestern verließ ich Ostern 1924 die Universität Marburg und habe anschließend mein Studium auf der Universität Breslau mit Unterbrechungen durch Beurlaubungen von einigen Semestern bis Ostern 1930 fortgesetzt. Am 4. Juni 1930 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 9. Juli 1930 bin ich zum Referendar ernannt worden und befinde mich als solcher seit dem 23. Juli 1930 in der gerichtlichen Ausbildung.